Les clauses de tacite reconduction et le juge du référé-provision

Par Guillaume Delaloy

La conclusion d'un contrat public en application d'une clause de tacite reconduction constitue une irrégularité qui, eu égard à sa gravité, ne permet pas au juge du référé-provision de regarder l'obligation qui découlerait de ce contrat comme non sérieusement contestable, sans qu'il ait à examiner les circonstances dans lesquelles cette irrégularité a été commise.

CE, 20avril 2011, *Commune de Baie-Mahault*, n° 342850

La clause de tacite reconduction agite une nouvelle fois le contentieux des contrats publics. La difficulté ne réside pas, ici, dans la question de savoir si une telle clause peut être insérée dans un marché mais dans les conséquences de la conclusion d'un contrat en application d'une telle clause au regard du principe de loyauté des relations contractuelles.

La théorie de la nullité du contrat s'efface derrière l'exigence de loyauté des relations contractuelles

Dans son arrêt du 20 avril 2011, *Commune de Baie-Mahault*, le Conseil d'État fait, en effet, application de sa récente jurisprudence *Commune de Béziers*[1], dite *Béziers 1*[2], en écartant, cette fois, le contrat en cause. En l'espèce, la commune avait passé en 1991 un marché de mobilier urbain pour la location de journaux électroniques d'information. Ce marché, signé pour une durée de dix ans au terme d'une procédure négociée sans mise en concurrence, avait été reconduit en 2001 puis en 2006, en application d'une clause de tacite reconduction, alors même que la commune refusait d'honorer les factures depuis 1993.

Une application de la jurisprudence *Commune de Béziers 1*

Saisi par la société cocontractante d'une demande tendant à ce que la collectivité soit condamnée à lui verser les sommes dues en exécution du contrat, le tribunal administratif de Basse-Terre lui a donné satisfaction pour la période allant de 1993 à 2007. Parallèlement, la société a saisi le juge des référés de deux demandes successives de versement de provisions correspondant, d'une part, à l'exécution de prestations durant le second semestre 2008 et, d'autre part, à une facture impayée et à la réparation du préjudice causé par la résiliation du contrat, finalement intervenue en 2009.

Le juge du référé-provision a fait droit, partiellement, à ces deux demandes et l'appel formé par la commune contre les deux ordonnances de référé a été rejeté par la cour administrative d'appel de Bordeaux au motif que l'exigence de loyauté des relations contractuelles faisait obstacle à la mise à l'écart du contrat et justifiait dès lors un règlement du litige sur le terrain contractuel.

Le Conseil d'État, saisi du pourvoi, devait donc déterminer si la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction constitue une irrégularité d'une gravité suffisante pour que le juge saisi d'un litige contractuel écarte l'application du marché.

Après avoir rappelé que les parties à un contrat ne peuvent, en principe, invoquer devant le juge du contrat un manquement aux règles de passation aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige, la Haute juridiction juge que « *l'irrégularité tenant à la conclusion du contrat en application d'une clause de tacite reconduction, eu égard à sa gravité et sans même que le juge du référé provision, compte tenu de son office, ait à examiner les circonstances dans lesquelles elle a été commise, ne permet pas de regarder l'obligation qui découlerait de ce contrat comme non sérieusement contestable* ».

Ainsi, pour la première fois, les juges du Palais-Royal identifient un manquement aux règles de passation des contrats publics suffisamment grave pour imposer au juge d'écarter les dispositions du marché en cause et de régler le litige sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Il semble toutefois que cette solution, qui ne manque pas de surprendre au regard de la tendance récente du juge à privilégier le maintien du contrat malgré son irrégularité, au nom de

---

[1] CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, AJDA 2010, p. 142, chron. D. Botteghi et S.-J. Liéber ; Contrats et marchés publics 2010, comm. 123, note P. Rees ; JCP A 2010, 2072, note F. Linditch ; RDI 2010, p. 265, note R. Noguellou ; RFDA 2010, p. 506, concl. E. Glaser, note D. Pouyaud ; RJEP 2010, comm. 30, note J. Gourdou et P. Terneyre.

[2] Pour la distinguer de la décision du 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, dite *Béziers 2*, également commentée dans cette revue, p. 51).

l'exigence de loyauté des relations contractuelles (**1.**), ne se justifie qu'en tant qu'elle a été rendue dans le cadre d'un référé-provision (**2.**).

1. Le principe de loyauté des relations contractuelles

La décision *Commune de Baie-Mahault* reprend le considérant de principe de l'arrêt *Commune de Béziers*, par laquelle l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a profondément renouvelé l'office du juge du contrat. S'attachant désormais à promouvoir un meilleur équilibre entre le respect du principe de légalité de l'action administrative et la nécessaire loyauté qui doit présider aux relations contractuelles, le juge s'est libéré du joug de la nullité constatée du contrat pour se muer en gardien de la validité des engagements contractuels.

La disparition du contrat doit être la sanction ultime

1.1. De l'action en nullité du contrat au recours en contestation de validité du contrat

Véritable *« bouleversement jurisprudentiel*[3] *»*, la décision *Commune de Béziers* consacre l'abandon de l'idée de nullité du contrat administratif au profit du pouvoir d'annulation de ce contrat par le juge.

Le juge du contrat ne peut annuler ou écarter le contrat que dans deux hypothèses

Selon la conception traditionnelle, la nullité était un état du contrat, préexistant à l'intervention du juge, que ce dernier ne faisait que constater. Dans cette logique, le juge du contrat n'avait aucune marge de manœuvre : la nullité s'imposait à lui à chaque fois qu'une irrégularité entachait le contrat ou les conditions dans lesquelles il avait été conclu.

Il était, dès lors, tentant pour les parties de tirer profit de cette conception de l'office du juge en invoquant, par voie d'action ou d'exception, l'irrégularité entachant leur contrat, afin d'échapper à leurs obligations contractuelles. Le contrat irrégulier était écarté et, s'il avait donné lieu à un commencement d'exécution, la responsabilité de l'administration était engagée soit pour enrichissement sans cause, soit sur le plan quasi délictuel.

[3] A. Lallet et X. Domino, chron. AJDA 2011, p. 665.

En outre, la nullité du contrat étant d'ordre public, les cas n'étaient pas rares dans lesquels, alors que les parties venaient devant le juge pour régler un litige ponctuel relatif à l'exécution de leur contrat, dont elles n'entendaient pas remettre en cause l'existence ou la légalité d'ensemble, elles ressortaient du prétoire sans contrat. Ce *« coup de tonnerre dans un ciel contractuel serein*[4] *»* pouvait également foudroyer l'intégralité d'un contrat dont l'une des parties ne souhaitait faire constater que la nullité d'une clause[5].

Le Conseil d'État, suivant les conclusions de son rapporteur public Emmanuel Glaser, a entendu mettre fin à cette logique au profit d'une autre, selon laquelle la sanction de l'illégalité n'est plus nécessairement la disparition du contrat. Dans la continuité du recours en contestation de validité ouvert aux concurrents évincés par la décision *Tropic Tavaux Signalisation*[6], elle-même inspirée de la jurisprudence *Institut de recherche pour le développement*[7] relative aux conséquences à tirer de l'annulation d'un acte détachable du contrat, la Haute juridiction renouvelle l'office du juge du contrat. En affirmant le principe de loyauté des relations contractuelles et en posant comme objectif leur stabilité, elle invite le juge à moduler la sanction de l'irrégularité constatée en fonction de son importance et de ses conséquences. La disparition du contrat doit être la sanction ultime, c'est-à-dire celle que prononce le juge face aux irrégularités les plus graves.

La décision distingue l'office du juge selon qu'il est saisi par l'une des parties d'une action directe contre le contrat – qu'il ne faut plus, désormais, qualifier d'action en nullité mais d'action en annulation – ou d'une action indemnitaire.

[4] H. Savoie, concl. sur CE sect., 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*, n° 196553, RFDA 2001, p. 359.

[5] Par ex. CE, 1er juillet 2009, *Compagnie des transports de La Roche-sur-Yon*, n° 306756, AJDA 2009, p. 1951, note J.-D. Dreyfus.

[6] CE Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, Lebon, p. 360, concl. Casas ; AJDA 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; D. 2007, p. 2500, note D. Capitant ; RDI 2007, p. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2007, p. 696, concl. D. Casas ; CJEP 2007, p. 327, note P. Delvolvé.

[7] CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, Lebon, p. 501 ; AJDA 2004, p. 394, note J.-D. Dreyfus ; BJCP 2004, p. 136, concl. D. Piveteau.

Dans le premier cas, le juge dispose d'une vaste étendue de pouvoirs. Il peut soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, sous réserve d'une éventuelle régularisation, soit en prononcer la résiliation, le cas échéant avec effet différé, notamment pour préserver la continuité du service public, soit, enfin, en dernier ressort, en prononcer l'annulation *« en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »*.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque le juge est saisi d'un litige né de l'exécution du contrat, il doit, en principe, rester dans le cadre contractuel. Il ne peut s'en écarter, pour régler le litige sur les terrains de la responsabilité quasi contractuelle ou quasi délictuelle, que dans les deux hypothèses qui justifient l'annulation du contrat.

Celles-ci ne sont pas sans rappeler les conditions de validité des contrats telles qu'elles sont posées à l'article 1108 du code civil[8] et mises en œuvre par le juge administratif[9]. Encore faut-il, hors le cas des irrégularités touchant au caractère illicite du contrat, que le vice en question soit d'une particulière gravité. Ainsi, dans sa décision *Commune de Béziers*, le juge a considéré que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature, qui constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, n'est pas, à elle seule, d'une gravité telle qu'elle entraîne l'annulation du contrat. Retenir la nullité d'un marché sans s'interroger sur la gravité du vice qui la sous-tend constitue même une erreur de droit[10].

[8] Article 1108 du code civil : *« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité à contracte ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une clause licite dans l'obligation »*.

[9] Sur cette question, voir notamment : B. Plessix, *« L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif »*, LGDJ, 2003.

[10] CE 31 mai 2010, *Cté d'agglomération Vichy-Val d'Allier*, n° 329483, AJDA 2010, p. 1117.

Dans ce nouveau schéma, les vices affectant, non pas le contenu du contrat ou le consentement des parties, mais la procédure de passation ne sauraient, en principe, suffire à conduire le juge à écarter le contrat.

1.2. Les manquements aux règles de passation n'empêchent pas l'exécution du contrat

La décision *Commune de Béziers* n'avait pas réglé la question du sort à réserver aux irrégularités entachant le processus de passation d'un contrat administratif. Demeurait entière la question de savoir si un manquement aux règles de procédure prescrites par les textes justifierait la mise à l'écart du contrat pour le règlement du litige se rapportant à son exécution ou, au contraire, son maintien au nom de l'exigence de loyauté des relations contractuelles.

Dans l'affaire commentée, le juge d'appel avait clairement pris parti en faveur de la seconde solution. Reprenant le considérant de principe de la décision *Commune de Béziers*, il avait relevé tout d'abord que la commune ne pouvait pas invoquer le moyen tiré du recours illégal à la procédure négociée ou les irrégularités tenant à la durée excessive du contrat et à l'existence d'une clause de tacite reconduction au motif que de tels manquements, *« qui se rattachent à la procédure de choix du cocontractant de l'administration, ne concernent ni le contenu du contrat ni les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement*[11] *»*. L'exigence de loyauté des relations contractuelles faisait donc obstacle à la mise à l'écart du contrat et justifiait, dès lors, un règlement du litige sur le terrain contractuel et l'octroi d'une provision car la créance de la société requérante n'était alors pas sérieusement contestable, ni dans son principe, ni dans son montant.

Le juge de cassation reproche, toutefois, à la cour d'avoir commis une erreur de droit, en jugeant que, par principe, une irrégularité entachant la procédure de choix du cocontractant de l'administration ne permet jamais d'écarter l'application du contrat.

[11] CAA Bordeaux, 27 mai 2010, *Cne de Baie-Mahault*, n° 09BX01771.

Le juge précise le mode d'emploi de la jurisprudence *Béziers 1*

Il est vrai que, ultérieurement à l'arrêt attaqué du 27 mai 2010, le Conseil d'État avait apporté l'éclaircissement attendu quant à la portée exacte de l'adverbe « *notamment* » qui accompagne la seconde hypothèse d'annulation mentionnée par la décision *Commune de Béziers* et qui constitue la seule divergence entre la décision et les conclusions du rapporteur public. Pour Emmanuel Glaser, *« il s'agit d'un «notamment» de précaution, justifié, aux yeux de l'assemblée du contentieux, par le fait que l'»on ne sait jamais» : on ne peut, en effet, totalement exclure que se présentent des circonstances, par exemple des manœuvres ou des fraudes diverses, qui justifient une annulation sans entrer strictement dans le second cas cité par la décision*[12] ».

Tout manquement aux règles de passation ne saurait, par principe, être sans effet sur la solution du litige

Ce n'est toutefois pas exactement cette interprétation qu'a retenu la jurisprudence ultérieure. Complétant le considérant de principe de *Commune de Béziers*, la décision *Manoukian* du 12 janvier 2011 est venu préciser que *« lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige ; que, par exception, il en va autrement lorsque, eu égard, d'une part, à la gravité de l'illégalité et, d'autre part, aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat*[13] ».

Ainsi, le Conseil d'État pose une règle générale et une exception : en principe, les irrégularités susceptibles de vicier la procédure ne sont pas de nature à imposer au juge d'annuler ou d'écarter le contrat. Il s'agit là d'une traduction juridictionnelle directe de l'exigence de loyauté des relations contractuelles qui n'est pas sans rappeler l'adage selon lequel nul ne peut invoquer sa propre turpitude et que le juge administratif a déjà eu l'occasion d'appliquer[14]. Mais, comme tout principe, celui-ci n'est pas absolu. Il cède lorsque la gravité de l'illégalité et les circonstances dans lesquelles elle a été commise font obstacle à l'application du contrat. En d'autres termes, une illégalité affectant les conditions de passation peut conduire le juge à écarter le contrat.

C'est pourquoi, mettant en pratique la méthodologie issue de sa décision *Manoukian*, le Conseil d'État casse l'erreur de droit commise par la cour administrative d'appel de Bordeaux qui a écarté par principe l'hypothèse au motif qu'une irrégularité de procédure, quelle que soit sa gravité, ne se rapporte ni au contenu du contrat, ni aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. La censure prononcée par la Haute juridiction n'est ici que la conséquence du caractère rétroactif de la jurisprudence qui commandait de vérifier si la *« gravité de cette irrégularité et les circonstances dans lesquelles elle a été commise n'imposait pas d'écarter le contrat pour le règlement du litige »*.

Toutefois, s'il appartient au juge d'apprécier les conséquences à tirer d'une irrégularité de procédure, les cas dans lesquels une telle irrégularité sera regardée comme de nature à justifier que le contrat soit écarté ou annulé devraient être exceptionnels. Le Conseil d'État a, par exemple, jugé que l'inapplication par la personne publique des dispositions nationales et communautaires relatives aux marchés publics et la méconnaissance des principes généraux relatifs à la présentation des candidatures, à l'attribution du marché et au principe d'égalité entre les candidats au cours de la consultation, ne sauraient être regardés comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat[15].

[12] E. Glaser, « *Les habits neufs du juge du contrat* », AJDA 2011, p. 310.

[13] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n° 338551, AJDA 2011, p. 71 ; AJCT 2011, p. 129, obs. A. Burel ; CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, n° 332330, AJDA 2011, p. 135 ; AJCT 2011, p. 129, obs. A. Burel.

[14] CE, 29 décembre 1920, *May-Bing c/ Ministre de la guerre*, Lebon, p. 1159 ; CE, 1er avril 1932, *Sieur Bagnolet*, Lebon p. 432 ; CE, 10 juillet 1946, *Sieur Pommier*, Lebon 199.

[15] CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du nord et de l'est de la France*, n° 332136, AJDA 2011, p. 72.

Un contrat passé en application d'une clause de reconduction tacite est conclu selon une procédure irrégulière

Il n'appartient pas au juge du référé-provision de statuer sur le caractère sérieusement contestable d'une créance au regard des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise

2. L'absence illégale de mise en concurrence fait échec à l'application des stipulations contractuelles par le juge du référé-provision

L'intérêt de la décision *Commune de Baie-Mahault* réside justement dans le fait que, pour la première fois, le Conseil d'État fait jouer l'exception à la jurisprudence *Commune de Béziers,* telle que précisée par la décision *Manoukian*, en jugeant que l'absence illégale de mise en concurrence qui résulte de la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction est d'une gravité telle que le juge du référé-provision doive considérer que l'obligation financière découlant du contrat est sérieusement contestable.

2.1. La défiance du juge à l'égard des clauses de tacite reconduction

Pour le Conseil d'État, l'irrégularité tenant à la conclusion du contrat en application d'une clause de tacite reconduction fait obstacle, eu égard à sa gravité, au versement d'une provision déterminée en application des clauses du contrat.

Cette solution confirme la méfiance de principe que témoigne, depuis longtemps, la jurisprudence administrative à l'égard des clauses de tacite reconduction.

Dans sa célèbre décision *Commune de Païta* du 29 novembre 2000, la Haute juridiction pose, en ces termes, le principe de la nullité de ces clauses : « *une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la règlementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soit respectées de telles obligations ; qu'une telle clause ne peut être que nulle, de sorte qu'un contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul*[16] ».

[16] CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, Lebon, p. 573 ; Contrats et marchés publics 2001, comm. 37, obs. F. Llorens ; AJDA 2001, p. 101 ; BJCP 2001, n° 15, p. 164 ; Dr. adm. 2001, comm. 7 ; CJEG 2001, p. 148, note P. Subra de Bieusses.

Il en résulte assez clairement que si une clause de tacite reconduction, dans l'hypothèse où elle est proscrite, constitue une illicéité affectant le contenu du contrat, le ou les contrats successifs conclus en application d'une telle clause sont illégaux en raison des conditions de leur passation[17].

La jurisprudence *Commune de Païta* fait souvent l'objet d'une application aveugle par les juridictions du fond, y compris lorsque les reconductions sont prévues et limitées[18]. Or, ce que sanctionne le Conseil d'État n'est pas tant la possibilité de reconduire tacitement un marché public que l'absence de mise en concurrence induite par la mise en œuvre d'une telle clause, sans limitation de durée. Dès lors que le contrat initial prévoit un nombre limité de reconductions et que la mise en concurrence initiale a tenu compte de la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises, rien ne s'oppose à qu'il puisse être reconduit de façon tacite. C'est ce que semble confirmer la décision *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics* du 23 février 2005[19]. Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Didier Casas analyse les reconductions du marché, dès lors qu'elles sont prévues et limitées, non pas comme des nouveaux contrats, mais comme une non-interruption du marché : « *il n'y a pas pluralité de marchés comme dans Commune de Païta avec comme conséquence nécessaire l'irrégularité des marchés reconduits, mais un seul marché prévoyant lui-même la possibilité d'être interrompu*[20] ».

Or, en l'espèce, le marché, d'une durée initiale de dix ans, stipulait qu'il pouvait être reconduit tacitement par période de cinq ans, mais sans prévoir un nombre maximal

[17] Cf. L. Richer, « *Sur la tacite reconduction des marchés publics* », AJDA 2001, p. 219.

[18] CAA Paris, 27 février 2007, *Sté La Périphérique et Commune de Maisons Alfort*, n° 03PA04141, Contrats et marchés publics, mai 2007, comm. 142, note J.-P. Pietri.

[19] CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, Lebon, p. 71 ; AJDA 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; Contrats et marchés publics 2005, comm. 107, note G. Eckert ; Dr. adm, comm. 62, note A. Ménéménis ; JCP A 2005, 1151, note F. Linditch.

[20] Conclusions D. Casas, BJCP 2005, p. 187 ; RFDA 2005, p. 483.

de reconductions. En application de la jurisprudence *Commune de Païta*, les reconductions constituaient bien des nouveaux contrats illégalement conclus sans mise en concurrence.

Pour autant, en application de la jurisprudence *Commune de Béziers* et dans le souci de préserver la loyauté des relations contractuelles, Bertrand Dacosta invitait le Conseil d'État à juger qu'un tel manquement aux règles de passation ne pouvait pas être invoqué par l'une des parties dans le seul but de se soustraire à ses engagements. Il n'a toutefois pas été suivi, sur ce point, par la formation de jugement qui a considéré que la conclusion d'un contrat en application d'une clause de tacite reconduction constitue une irrégularité qui, *« eu égard à sa gravité et sans même que le juge du référé-provision, compte tenu de son office, ait à examiner les circonstances dans lesquelles elle a été commise »*, justifie la mise à l'écart du contrat et ne permet donc pas de regarder l'obligation qui en découle comme étant non sérieusement contestable. La provision finalement octroyée à la société requérante, d'un montant moitié moindre à celle décidée par les juges du fond, a donc été accordée, non pas sur le terrain contractuel, mais sur celui de l'enrichissement sans cause.

2.2. Une solution qui semble justifiée par l'office du juge du référé-provision

Cette solution, qui suscite la perplexité de certains commentateurs, en ce qu'elle parait contraire à l'importance accordée par la décision *Commune de Béziers* à la loyauté des relations contractuelles[21], semble trouver sa justification dans l'office du juge du référé-provision.

Aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, *« le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable »*. Le caractère sérieusement contestable ou non de la créance résulte d'une appréciation au cas par cas. Le juge doit examiner les motifs de fait et de droit en litige, pour déterminer si l'obligation est ou non sérieusement contestable[22]. Toutefois, dès lors que la question de droit présente une difficulté sérieuse, la créance ne saurait avoir le caractère d'obligation non sérieusement contestable[23].

Comme le rappelle François Brenet[24], si l'exercice de ce référé n'est pas conditionné par l'urgence, le juge des référé est appelé à statuer seul, au terme d'une procédure allégée et dans les meilleurs délais. Son office ne lui impose donc pas, et ne lui permet d'ailleurs pas, comme l'indique le Conseil d'État dans l'arrêt commenté, d'examiner les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu.

Au contraire le juge du fond est tenu de procéder à un tel examen. Cela lui permet de mieux prendre en compte les exigences de loyauté des relations contractuelles, comme l'illustre la décision de Section *Département de la Guyane* rendue juste un mois après l'arrêt *Commune de Baie-Mahault*. En l'espèce, le département de la Guyane avait, avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin, conclu une convention de délégation de service public tacitement reconduite depuis 1994, conformément aux stipulations du contrat. Saisie d'un litige concernant son application, la Haute juridiction confirme, tout d'abord, que la clause de tacite reconduction contenue dans un contrat de délégation de service public conclu antérieurement à la loi Sapin ne peut plus être régulièrement mise en œuvre postérieurement[25]. Le contrat résultant de l'application d'une telle clause présente alors le caractère d'un nouveau contrat dont la passation doit être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Mais, s'agissant des

[21] Cf. par ex. E. G., *« Jurisprudence «Commune de Béziers» et reconduction tacite d'un contrat »*, Revue Lamy Collectivités territoriales, juin 2011, p. 39.

[22] C. Bergeal et F. Lenica, *« Le contentieux des marchés publics »*, Le Moniteur, 2e édition, 2010, p. 253 et s.

[23] CE, 22 octobre 2008, *Commune de Plestin-les-Grèves*, n° 309956.

[24] F. Brenet, *« Jurisprudence «Commune de Béziers» et référé-provision »*, Dr. adm., juin 2001, comm. 57.

[25] CE Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots et et Commune de Lattes*, n° 314449, AJDA 2010, p. 2416, chron. D. Botteghi et A. Lallet.

conséquences à en tirer au regard des principes de la jurisprudence *Manoukian*, le juge précise que « *si* […] *ces reconductions constituent de nouvelles conventions qui ont été conclues en méconnaissance de l'obligation de mise en concurrence préalable imposée par les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, il ne ressort d'aucune pièce du dossier que cette irrégularité puisse être regardée comme un vice d'une gravité telle que le juge devait écarter le contrat et que le litige qui opposait les parties ne devait pas être réglé sur le terrain contractuel*[26] ».

Par cette décision, le juge limite la jurisprudence *Commune de Baie-Mahault* aux procédures de référé. Alors que le juge du référé-provision, confronté à un manquement aux règles de passation, ne doit examiner, compte tenu de son office, que le degré de gravité de l'illégalité, le Conseil d'État rappelle que le juge du contrat, confronté à la même illégalité, doit également tenir compte des circonstances dans lesquelles celle-ci a été commise.

*

* *

Ces deux décisions illustrent le processus de sophistication croissante qui anime le contentieux des contrats publics depuis quelques années[27]. L'attitude différente, à un mois d'intervalle, du juge du référé-provision puis du juge du contrat face à la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction montre à quel point l'exercice d'équilibre entre la sécurité juridique des relations contractuelles et le souci d'assurer la légalité du contrat est devenu un art subtil.

Guillaume Delaloy (Direction des affaires juridiques)

[26] CE Sect., 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, n° 314715, JCP A 2011, act. 440.

[27] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « *Le contentieux des contrats publics en mouvement* », Contrats et marchés publics, mars 2011, repère 3.